

ENTREGA VIGILADA DE DROGA Y APERTURA DE PAQUETES POSTALES*

Fernando Gascón Inchausti

Juan Carlos Cabrera Plasencia c. Ministerio Fiscal.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia de 13 de Octubre de 1998 (recurso nº 2794/1997).

Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (delitos contra la salud pública y contrabando).

Magistrado Ponente: De Vega Ruiz.

Abogado: no consta.

Hechos y cuestiones jurídicas

El Sr. Cabrera Plasencia se concertó con otra persona (desconocida en autos) para que desde Venezuela se le enviara a su domicilio un paquete postal conteniendo cocaína camuflada en unas películas de vídeo, a cambio de doscientas mil pesetas. El paquete (bajo la forma de *postal-express*) fue detectado por el Servicio de Vigilancia Aduanera de la Oficina de Correos de Santa Cruz. Mediante una cata realizada en él, se comprobó por el Servicio la presencia de cocaína en su interior, lo que se puso en conocimiento de la Brigada de Estupefacientes y de la autoridad judicial. El Juzgado de Instrucción nº 1 de la capital acordó mediante auto la apertura del paquete y su ulterior entrega controlada (al amparo del art. 263-bis LECrim): en presencia del Juez y de la Secretaria Judicial se abrió el paquete, encontrándose en su interior dos películas en las que estaban ocultos otros cuatro paquetes que contenían un total de 773 gramos de cocaína. El paquete fue rehecho, aunque la droga se sustituyó por harina, y fue devuelto a la Oficina de Correos que, a su vez, envió aviso de recogida al Sr. Cabrera. Éste, por temor, encomendó la retirada del paquete al Sr. Álvarez, a cambio de cien mil pesetas, advirtiéndole de que el mismo contenía droga. Mientras el Sr. Álvarez recogía el envío en la Oficina, el Sr. Cabrera le esperaba en las inmediaciones; al salir aquél de la Oficina se procedió a la detención de los dos. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife condenó a ambos como autores de un delito de contrabando en grado de tentativa y de otro contra la salud pública a penas que excedían de los diez años de prisión.

El Sr. Cabrera recurre en casación, cuestionándose ante el Tribunal Supremo hasta qué punto fueron válidas la cata realizada sobre el paquete por el Servicio de Vigilancia Aduanera y, sobre todo, la diligencia de apertura del paquete postal sin citar para ello al interesado (Sr. Cabrera), según exige el art. 584 LECrim.

Fallo

* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998, publicado en *Tribunales de Justicia*, 1999-6, pp. 592-597.

El Tribunal Supremo anula la diligencia de apertura del paquete por la falta de intervención del interesado y dicta sentencia absolutoria de los procesados, ante la total ausencia de elementos probatorios de cargo aparte de la droga interceptada.

COMENTARIO

1. La presente Sentencia aborda un problema que se ha planteado con relativa frecuencia durante los últimos años y cuyos efectos prácticos resultan indudablemente muy delicados (y discutidos): el de la compatibilidad de las operaciones de circulación y entrega vigilada de drogas, previstas por el art. 263-bis LECrim, con el respeto a las garantías que, de cara a la apertura de los paquetes postales, se desprenden de los arts. 579 y sigs. —en especial del art. 584—, tal y como han sido interpretados por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Para una exposición completa y detallada de todas estas cuestiones, debemos remitir al lector al excelente artículo de VEGAS TORRES, “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, *Tribunales de Justicia*, 1997-8/9, págs. 849-864. En el marco del presente comentario nos limitaremos, de forma sucinta, a exponer los términos en que se plantea el debate.

2. De un lado, resulta evidente que la propia naturaleza de las operaciones de entrega vigilada de drogas exige que las personas objeto de investigación no tengan conocimiento de su desarrollo, de forma análoga a lo que sucede con la intervención de las comunicaciones telefónicas.

De otro, cuando las sustancias estupefacientes están circulando por el territorio nacional a través del sistema de Correos (o a través de entidades privadas que se dedican a actividades análogas), hay que tener presentes las previsiones de la LECrim en cuanto a la detención y apertura de la correspondencia, en la medida en que estas operaciones puedan afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). A estos efectos, y aunque resulta muy discutible (vid. VEGAS TORRES, ob. cit., págs. 850-851), y tras algunos titubeos y vacilaciones, el Tribunal Supremo, por acuerdo expreso de su Sala Segunda de 4 de abril de 1995, llegó a la conclusión de que los paquetes postales han de recibir en el plano procesal penal el mismo tratamiento que la correspondencia postal, pues pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial (criterio éste referido y asumido por la Sentencia que comentamos). En consecuencia, su apertura está condicionada a los requisitos de los arts. 581 y sigs., especialmente: a) auto judicial motivado acordando la detención y registro de la correspondencia; b) inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor; c) apertura por el Juez y *en presencia del interesado* o de la persona que designe, salvo que no hiciera uso de este derecho o estuviera en rebeldía. De modo expreso, se ha rechazado por el TS que las operaciones de circulación y entrega vigilada constituyan, a estos efectos, una

excepción a la regla general (vid. STS de 20 de marzo de 1996, RAJ 1986). El Tribunal Supremo ha insistido, de hecho, en el carácter esencial de la intervención del interesado, requiriéndola incluso en los supuestos en que el sumario ha sido declarado secreto (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 17 de enero de 1996; STS de 20 de marzo de 1996). La única excepción se plantea respecto de los paquetes abiertos, de aquéllos cuyo contenido se puede apreciar por el simple examen exterior y de los que ostentan la llamada “etiqueta verde” (que según VEGAS TORRES constituye un modelo simplificado o reducido de declaración de aduanas): este tipo de envíos, como ha reconocido de modo también expreso la Sala Segunda, quedan fuera del ámbito de protección del art. 18.3 CE, lo que permite proceder a su apertura sin las formalidades enumeradas.

Resulta evidente que la contradicción entre ambos bloques normativos se plantea en relación con la necesidad de que se cite y esté presente el interesado durante la apertura (normalmente, el “interesado” es el destinatario del envío, sea o no el imputado): y es que su presencia conduce a la inoperancia de la figura de la circulación y entrega vigilada de drogas cuando tenga soporte postal (lo que sucederá en buen número de ocasiones); su ausencia, en cambio, si se aplican de modo estricto las exigencias del art. 584 LECrim, puede ocasionar la nulidad de la actuación y la ilicitud de las pruebas obtenidas, con el consiguiente fracaso de la investigación y, en definitiva, de todo el proceso penal.

3. La Sala Segunda del Tribunal Supremo decidió por acuerdo de su Pleno (alcanzado el 17 de enero de 1996) ratificar lo que venía siendo doctrina mayoritaria de sus resoluciones, y sancionó la inexcusable exigencia de que en todo caso la apertura de un paquete postal sea presenciada por el interesado (art. 584 LECrim), salvo en caso de renuncia al derecho o rebeldía. En consecuencia, serán nulas todas las operaciones de circulación o entrega vigilada de droga en que se haya procedido a la apertura de un paquete postal sin la oportuna citación al destinatario. Las repercusiones de esta opinión sobre el art. 263-bis LECrim no son ignoradas por la Sala: al contrario, de modo expreso se señala que el precepto en cuestión carece de sentido *–rectius*, resulta innecesario– cuando se trata de droga que circula a través de correspondencia y paquetes postales: en efecto, según se desprende del propio tenor literal del precepto, la finalidad de la diligencia consiste en “descubrir o identificar a las personas involucradas”, y esto es a juicio de la jurisprudencia innecesario cuando se trata de paquetes postales “pues en éstos figura, de algún modo, quién es el destinatario, aunque sea falso” (F.J. 4º de la Sentencia comentada). La Sala llega incluso a proponer el modo *correcto* de actuar en supuestos como éstos: “es posible, cuando existen sospechas de contenido fraudulento, no interrumpir el curso postal y a través de un bien organizado sistema de vigilancia del destinatario en el momento de su recogida en la oficina de Correos o de entrega en su domicilio conseguir los mismos fines” (STS de 8 de Julio de 1994, RAJ 5882).

4. Diverso ha debido de ser el criterio del legislador, pues uno de los objetivos de la reciente reforma de la LECrim, operada por la L.O. 5/1999, de 13 de enero, ha consistido precisamente en dejar sin efecto esta doctrina jurisprudencial. En efecto, la L.O. 5/1999, cuya rúbrica es esclarecedora en este

punto (“*perfeccionamiento* de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves”), no renuncia a que las operaciones de circulación y entrega vigilada de drogas se proyecten sobre la actividad postal: como señala VEGAS TORRES, “no vale decir frente a esto que cabe la entrega vigilada sin abrir el paquete y sustituir la droga, porque no siempre será razonable asumir los riesgos que la operación comporta si no puede realizarse la correspondiente sustitución y, estando prevista expresamente por la Ley la sustitución no es lógico que una discutible opción jurisprudencial vacíe absolutamente de sentido dicha previsión legal y obligue, bien a asumir más riesgos de los que, con estricta aplicación de la Ley se deberían asumir, bien a renunciar a una operación de entrega vigilada, por resultar excesivos los riesgos de su realización sin sustitución de la droga, cuando dicha operación, en estricta aplicación de las previsiones legales, podría haberse realizado” (ob. cit., pág. 863).

En concreto, el nuevo texto del art. 263-bis LECrim encierra un apartado 4, inexistente en la redacción anterior, a tenor del cual: “La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, *con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley*” (y el art. 584 es, precisamente, el que exige la concurrencia del interesado a la apertura de la correspondencia). Resulta indiscutible que esta norma deja por completo sin efecto la doctrina del Tribunal Supremo (de la que es exponente la Sentencia que comentamos), poniendo de relieve lo insatisfactorio del hipergarantismo de aquél a la hora de alcanzar objetivos político-criminales en la lucha contra el tráfico de drogas. Más aún, aunque reacciona frente a una jurisprudencia cuya principal *ratio* ha sido la salvaguarda de los derechos fundamentales, cabe entender que el nuevo precepto no deja en absoluto desprotegidos los derechos del interesado, pues se mantienen las restantes garantías: existencia de resolución judicial motivada y apertura por parte del Juez (garantías que, *mutatis mutandis*, han servido para legitimar las escuchas telefónicas). Se trata, por tanto, de un precepto plenamente constitucional, cuya utilización será lícita siempre que se respeten las exigencias propias derivadas del principio de proporcionalidad.

En cualquier caso, hay que entender que, aunque el precepto se refiere de modo expreso sólo a la inaplicación del art. 584 LECrim, lo que pretende es excluir la intervención del interesado; por ello, aunque no aparezcan mencionados, también se verán afectadas en la medida de lo necesario las previsiones de los arts. 585 (instrumentales para lograr la efectividad del anterior), 586 (sobre el modo de proceder una vez abierta la correspondencia) y 587 (que prevé la entrega inmediata al interesado de la correspondencia que no guarde relación con la causa).

Junto a ésta, son otras las novedades de la L.O. 5/1999: de un lado, la extensión de esta técnica de investigación fuera de los límites de los delitos relacionados con el tráfico de drogas *stricto sensu* (en concreto, se declara

aplicable la circulación vigilada al denominado “tráfico de precursores” – elementos para el cultivo y producción de sustancias prohibidas, en especial las “drogas sintéticas”–, al “blanqueo de capitales”, al tráfico ilícito de especies vegetales y animales protegidas, a la falsificación de monedas y al tráfico internacional de armas); de otro, es también aportación de la reforma legal la introducción en nuestro Ordenamiento de la figura del “agente encubierto”, que se lleva a cabo mediante la determinación del ámbito de su actuación y, sobre todo, de los límites al ejercicio de su labor investigadora.

5. De haber estado en vigor el nuevo texto del art. 263-bis LECrim en el momento de producirse las actuaciones, resulta evidente que la apertura del paquete y la sustitución de su contenido sin contar con la presencia del interesado habría sido perfectamente válida. No obstante, no era éste el único vicio detectado por el T.S. en la presente Sentencia: también se considera lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones la *cata* practicada sobre el paquete por el Servicio de Vigilancia Aduanera. En efecto, y aunque el T.S. no lo señala de modo explícito, la actuación de los funcionarios de Aduanas –sin el concurso de la autoridad judicial– no goza de la cobertura de los arts. 30 y 31 del Reglamento de Servicios de Correos, que sólo la permite sobre objetos abiertos o que ostenten la etiqueta verde (vid., entre otras, la STS de 13 de marzo de 1995, RAJ 1838).

Lo que no resulta tan evidente a nuestro juicio es que, por sí sola, esta infracción invalide la investigación y las pruebas que se hayan obtenido; desde luego, en la Sentencia que nos ocupa este argumento no goza de autonomía, sino que, al contrario, se menciona sin hacer excesivo hincapié en su significación particular (todo el esfuerzo dialéctico de la Sentencia se centra, en realidad, en la ausencia del interesado durante la apertura del paquete postal).

Parece razonable entender que debe conducir a la ilicitud de la investigación toda actuación llevada a cabo sobre el paquete sin la autorización y la presencia judicial, de la que se podría deducir una sospecha de manipulación. En tales casos, el imputado puede siempre poner en duda que se haya producido una alteración ilícita del contenido del paquete; la razón es así la misma que explica por qué el registro domiciliario debe realizarse, como regla, en presencia judicial y del titular (o de testigos). Tratándose de las *catas* practicadas por funcionarios de Aduanas la cuestión no dejará de ser, cuando menos, discutible: al fin y al cabo, como se deduce del relato de hechos probados contenido en la Sentencia de la Audiencia, la *cata* no supuso apertura del paquete; y, personalmente, nos parece difícil imaginar que, sin abrirlo, pudieran haberse introducido en él fraudulentamente cuatro envases con 773 gramos de cocaína dentro de dos cintas de vídeo. Es, en todo caso, una cuestión de índole primordialmente pericial (y de los autos no se deduce cuál fue en concreto la forma de practicarse la *cata*).

De cualquier manera, y de modo general, debe sostenerse la licitud (siempre dentro de los límites señalados) de determinadas técnicas policiales y aduaneras que recaen sobre paquetes postales “sospechosos” (no sólo las “*catas*”, también, v.g., la utilización de rayos X, o de perros policía), por mucho que

aquéllos se asimilen jurisprudencialmente a la correspondencia; son actuaciones útiles a la hora de confirmar o excluir las sospechas que recaigan sobre los paquetes, que permiten restringir el recurso a la diligencia del art. 263-bis LECrim –con sus costes de tiempo, esfuerzo y personal– a aquellos casos en que realmente se dé una verdadera apariencia delictiva.